寄簃文存

寄簃文存卷三

說

死刑惟一說

廢止死刑之說今喧騰於歐美各洲矣而終未能一律實行者政教之關繫也惟死刑止用一項則東西各國所同第譯文簡略其理說未之能詳岡田博士之言則曰各國之中廢止死刑者多矣即不廢死刑者亦皆採用一種之執行方法今中國欲改良刑法而於死刑猶認斬絞二種以抗世界之大勢使他日刑法告成外人讀此律者必以爲依然野蠻未開之法於利權收回條約改正之事生大阻礙也必矣又曰主張斬重絞輕者恆謂斬者身首異處故重絞者身首不異處故輕然斬與絞同爲斷人生命之具身首異處何以重身首不異處何以輕要亦不外中國

古來之陋習迷信耳非有正當之理由也德國斬刑普通用斧執行而於亞魯沙斯盧連二州皆用斷頭臺因二州前屬法國卽用此制歸德國後仍存舊習非有輕重之差也又日試問中國刑法之分別於殺人罪曾有因犯人用斬用絞之故以重輕其處分之規定乎於犯人犯罪之手段則不問其用斬用絞皆作爲同一價値曾無輕重之分獨於官刑則謂重絞輕是何理也按岡田之說如此前一層論勢今日世界之情形固然後二層論理則未足折服學者之心也斬絞旣有身首殊不殊之分其死狀之感情實非毫無區別略分輕重與他事之迷信不同遽斥謂非正當之理由未可爲定論也刑法乃國家懲戒之具非私人報復之端若欲就犯罪之手段以分刑法之輕重是不過私人報復之心而絕非國家懲戒之意自古無此法律

乃以此爲對鏡之喻實非其比也且立法宗旨一定不得兩歧死刑既定爲一種則通國中不當再有他種之死刑何以各國軍律又有鎗斃之法德國又有用斧及斷頭臺之異同爲一國之法而軍法可與常法殊同爲一國之領土彼此可行其習慣之法則獨責中國死分斬絞之非中國豈首肯哉今以鄙意推之唐虞三代死刑並稱大辟呂刑正義曰辟罪也死是罪之大者故謂死刑爲大辟即孔氏之說而尋繹其義既以此爲罪之大者自不能於其中再分等差可見死刑止用一項自古已然不自近世也周室死刑用斬而呂刑言大辟疑赦其罰千鍰與墨辟之百鍰至宮辟之六百鍰分爲五等之輕重而不復於千鍰中再分輕重尤可見死罪之列於常刑者止有一等無二等也公族之罄於甸人下卿之絞縊以戮誓馭之車轘乃特

別之法不在五刑之內與今日東西各國死罪或絞或斬止用一種而仍有鎗斃之法正可互相參證夫刑至於死生命斷絕亦至慘矣君猶以為輕而更議其重將必以一死為未足而淫刑以逞車裂葅醢炮烙鐵梳種種慘毒之為有加無已極其殘忍之性胡所底止更不止於北齊之四等北周之五等矣不仁之政孰階之厲謂非由於死刑之再分輕重哉故古者五等常刑死惟一等明示限制即不得再加居今日而議行此法乃復古非徇今也然則以死刑為無輕重者於事未得其實而死刑不可再分輕重其理固大可研求矣我朝開國之初死刑用斬一項最合古法迨後採用明制死刑遂多自光緒三十一年奏刪凌遲梟首戮屍諸重刑死刑中尚有斬絞二項當時論者頗慮刑之過輕反逆惡逆之犯不足以昭懲創近雖此說稍

息察之政治風俗亦不因刪除重刑之故別有變端然斬絞二項中再議刪去一項必至訾議鋒起難遽實行今擬定絞爲死刑之主刑斬爲特別之刑凡刑事內之情節重大者酌立特別單行之法其軍中之刑亦以斬行之不用鎗擊嘗見一鎗擊者凡發四十餘鎗而後氣絕其慘甚於凌遲非仁政也卽使此種鎗刑必選擇精於用鎗者行之可以一發卽斃然斬首者首斷而氣卽絕其痛楚之時必短鎗擊者鎗中而氣未遽絕其痛楚之時必長以此相較鎗擊不如斬首也方今五洲交通大非閉關自守之時若與世界相抗誠有如岡田之所慮者然驟欲施行徧國中先多阻滯惟以漸進爲主義庶眾論不至紛拏而新法可以決定亦事之次序本當如是非依違也至律例內凌遲斬梟改爲斬決各條分別酌定辦法如左

律例內淩遲改斬決各條

謀反及大逆但共謀者（謀反大逆律）

按此刑律中情節最重者東西各國刑法亦無不處以死刑事關內亂已改斬決不必再改

糾衆行劫獄囚持械拒殺官弁爲首及爲從殺官之犯（劫囚例）

罪囚結夥反獄持械拒殺官弁起意爲首及爲從殺官之犯（獄囚脫監及反獄在逃例）

按此二條乃比依謀反大逆問擬淩遲者前條定於雍正年間乃一時之峻法後條定於乾隆五十三年乃因有此等案件酌照前條問擬淩遲遂纂入例文也劫囚而殺官情節固重然究非謀反大逆可比淩遲緣坐似乎太重此等係屬亂民可以軍法行之已改斬決不必

再改

已上三條乃關係反逆者

謀殺祖父母父母及期親尊長外祖父母夫之祖父母父母已殺者（謀殺祖父母父母律）

按此倫常之變罪大惡極無過於是者已改斬決未便再改當以特別法行之

子孫毆祖父母父母及妻妾毆夫之祖父母父母殺者（毆祖父母父母律）

子孫發掘祖父母父母墳冢不分首從開棺見屍並毀棄屍骸者（發冢例）

按已上二條與前同旨已改斬決不必再改

妻妾改嫁謀殺故夫祖父母父母已殺者（謀殺故夫父母律）

妻妾夫亡改嫁毆故夫之祖父母父母殺者（妻妾毆故夫父母律）

按已上二條與見奉舅姑究有不同義未絕而情則殊矣似可改爲絞決

愚民惑於風水擅稱洗筋檢筋名色將已葬父母骸骨發掘檢視占驗吉凶者（發冢例）

按此條僅止檢視並非毀棄而與毀棄同科乾隆十一年初定此例罪止斬候今遽加至凌遲似太懸絕此等案向來少見此條似可刪除

已上六條皆關係倫常者

奴婢及雇工人謀殺家長及家長之期親外祖父母已殺者（謀殺祖父母父母律）

按奴婢雇工尊卑名分攸關律與子孫同科近日議者多主張禁止買賣人口如果實行則奴婢一項律內即應刪除良賤之名亦難因仍其舊第官紳大戶不能無

服役之人奴婢可去而雇工不能去此等傭雇之人良

賤之名可去而尊卑之分不可去遇有相犯自難概以

平等同論而與親屬之誼究屬有間似可將此項人犯

改爲絞決

奴婢毆殺家長者　若故殺家長之期親及外祖父母者

奴婢毆家長律

雇工人故殺家長及家長之期親若外祖父母者同上

按前二條如買賣人口之例實行禁止則在應删之列

後一條亦可改爲絞決謀故同也

已上四條乃關繫主僕名分者

妻妾因姦同謀殺死親夫者殺死姦夫律

妻妾故殺夫妻妾毆夫律

按謀殺夫律本係凌遲因姦情重無可復加故罪同也

夫為妻綱乃三綱之一然夫之與妻與君父之於臣子微有不同妻者齊也有敵體之義論情誼初不若君父之尊嚴論分際亦不等君父之懸絕西人男女平權之說中國雖不可行而衡情定罪似應視君父略殺庶為平允此項似可改為絞決故殺同妾則非妻可比已改斬決不必再改

親屬相姦罪止杖徒及律應監候如姦夫與姦婦商通謀死本夫者姦婦殺死姦夫律

因姦同謀殺死親夫本夫不知姦情及雖知姦情而迫於姦夫之強悍不能報復並非有心縱容者姦婦同上

按此二條係用本律總類另立為二條似可不必皆可刪

妾故殺正妻妻妾毆夫律

妾因姦商同姦夫謀殺正妻殺死姦夫律

按並后匹嫡爲亂之本故嫡庶之分古人嚴之峻其防也然妾與妻同事一夫其愛昵之情無別太示懸絕未得爲平似可改爲絞決

聘定未婚妻因姦起意殺死本夫殺死姦夫例

童養未婚妻因姦謀殺本夫同上

按未婚之妻與已婚不同此二條未免過重因其已有名分而不與凡人同科庶乎平允似皆可改爲絞決

已上八條乃關係夫妻及妻妾名分者

弟妹故殺兄姊若姪故殺伯叔父母姑及外孫故殺外祖父母者毆期親尊長律

有服卑幼圖財謀殺尊長尊屬罪應凌遲者梟首同上

按親誼之隆殺大傳有上治祖禰下治子孫旁治昆弟

之別上治者卽日本刑法所謂直系血族也旁治則稍殺矣親誼殺則科罪亦當因之而殺未便從同弟妹之於兄姊姪之於伯叔父母姑皆在旁治之列若與干犯祖禰者無異於隆殺之道尚未盡協外祖父母乃外姻之最尊者然究由父母而推與本宗有間似皆可改爲絞決

已上二條乃關係期功服制者

業儒弟子謀故殺受業師（毆受業師律）

按弟子之於師分誼尊而無服制毆死者律已斬決謀故無可復加若以並無服制之人而遽擬凌遲究不甚妥似可改爲絞決以符律意

此一條比依服制者

殺一家非死罪三人及支解人爲首者（殺一家三人律）

採生折割人爲首者（採生折割人律）

按此三項皆在十惡不道之列兇忍殘賊非尋常殺人者可比應以特別法行之已改斬決不必再改

本欲支解其人行兇時勢力不遂乃先殺訖隨又支解者（殺一家三人例）

按此以支解論者乃定罪之例非別一條也

爲父報仇因忿逞兇臨時連殺一家三命者（殺一家三人例）

按爲父報仇情究可原似不必與尋常殺一家三人者同論可以改爲絞決

本宗及外姻尊長謀占財產圖襲官職殺大功小功緦麻卑幼一家三人者（殺一家三人例）

按以尊犯卑竟擬陵遲究未甚妥此條例文中多窒礙讀例存疑論之詳矣似可改爲絞決庶乎平允

發遣當差爲奴之犯殺死伊管主一家三人并三人以上者同上

按爲奴各例現有刪除之議將來如果實行則此條自在刪除之列

以上七條乃關係十惡不道者

以上凡三十三條皆現行律例其中可以刪除者七條可改絞決者十五條餘十一條內三條係反逆五條係惡逆三條係不道並是十惡中之情節最重者已改斬決不必再改

已刪例二

兩犯淩遲重罪者於處決時加割刀數二罪俱發以重論例

殺一家非死罪三四命以上者殺一家三人例

光緒三十一年奏刪

應刪例三

殺一家非死罪三人及支解人爲首監故者仍割碎死屍梟示（殺一家三人例）

強姦本宗緦麻以上親及緦麻以上親之妻未成將姦婦殺死者分別服制罪應淩遲者梟示（威逼人致死例）

子孫毆祖父母父母案件審明奏請斬決後如其祖父母父母因傷身死將該犯戮屍示衆（毆祖父母父母例）

按梟首之法已奏准刪除則此三條並在應刪之列

律例斬梟改斬決各條

豪強鹽徒聚衆至十人以上撐駕大船張掛旗號擅用兵仗響器拒敵官兵若殺人及傷三人以上爲首者（鹽法例）

按此條係比照強盜已行得財律殺人斬梟強盜例也傷三人以上亦擬斬梟視強盜更重矣殺人者已改斬

決不必再改傷人者可改絞決以示區別

直省刁民假地方公事強行出頭鬨堂塞署逞兇毆官為首者激變良民例

按此等聚眾毆官之事由于官吏激變者半由于莠民乘機生事者亦半如果事由激變即至逞兇毆官其情亦必有可原之處斬決亦嫌過重若係莠民滋事則亂民也亦當分別觀之前一層可改絞候後一層可改絞決

強盜殺人放火燒人房屋姦污人妻女打劫牢獄倉庫及干係城池衙門並積至百人以上者不分首否得財

響馬強盜

江洋大盜

粵東內河行劫夥眾四十人以上或雖不及四十人而有

拜會結盟拒傷事主奪犯傷差假冒職官或行刼三次以
上或脫逃二三年後就獲各犯應行斬決者
捕役及汎兵營兵爲盜起意爲首者爲從情節重大非尋
常行刼可比者
巡幸之處匪徒偷竊拒捕殺死官弁兵丁者
廣東廣西二省盜犯行刼後因贓不滿慾將事主人等捉
回勒贖者爲首之犯
京城大宛兩縣並五城所屬地方盜案以上並強盜例
按此八條皆強盜之情重者尋常盜犯已改絞決則此
等改爲斬決尚不爲重俟將來強盜之律能否改輕再
議
已刪例五
爬越入城行刼罪應斬決者

盜犯明知官帑糾夥行劫但經得財爲首及上盜者

洋盜案內接贓瞭望之犯

行劫漕船盜犯

川省差役埽通之案如有擄掠人口燒毀房屋並拒捕及殺傷人口情事以上並强盜例

光緒三十一年奏删

章程一

强劫及鷄盜臨時行强並結夥十人以上搶奪之案但有一人執持鳥鎗洋鎗在場者不論曾否傷人不分首從

按此條係光緒十三年新章嗣逢恩詔即改歸舊例不加梟示並聲明事犯在赦後者仍照新章俟數年後盜風稍息再行歸復舊制是此係暫行章程可以删除

糾衆行劫在獄罪囚持械拒殺官弁下手幫毆有傷者⺍

若拒傷官弁及殺死役卒爲首並豫謀助毆之夥犯劫囚例

按此二項較之拒殺官弁爲首及爲從殺官者情節爲輕可以改爲絞决

黔楚紅苗彼此讐忿搶奪聚至百人以上殺人爲首者白晝搶奪例

苗人聚眾至百人以上燒村劫殺搶擄婦女造意首惡之人同上

按聚眾至百人以上即屬亂民已改斬決不必再改

大江洋海出哨官弁兵丁遇商船遭風及著淺尚不致覆溺不爲救護及搶取財物拆毀船隻者不分首從　凶惡之徒明知事犯重罪在外洋無人處所故將商人全殺滅口圖絕告發但係同謀者白晝搶奪例

按此用軍法者

已刪例四

臺灣盜劫之案罪應斬決者　他如聚眾歃血豎旗妄布邪言云云等案內造意爲首罪應立决者

川省匪徒云云在場市搶劫拒捕奪犯殺傷兵役並事主及在場之人者首犯

川省匪徒云云在野攔搶殺人奪犯傷差爲首之犯

奉天匪徒執持鳥鎗搶奪者不分首從（以上並白晝搶奪例）

光緒三十一年奏刪

廣東省匪徒打單拒捕殺人者

捉人勒贖之案如有聚眾拒殺兵役本罪已至斬决者（以上並恐嚇取財例）

按此等可以亂民概之

貴州及雲南四川地方有外來流棍句通本地棍徒將荒村居住民苗人戶殺害人命擄其婦人子女計圖販賣不分首從（略人略賣人例）

光緒三十一年奏刪

奴婢雇工人發掘家長墳冢開棺槨見屍爲首者　毀棄撇撒死屍者不分首從

發掘貝勒貝子公夫人等並歷代帝王陵寢及會典內有從祀名位之先賢名臣並前代分藩承襲親王墳墓開棺槨見屍爲首者（以上並發冢例）

按本律僅止絞候而條例加至斬梟無乃過重此二條改絞決可矣

無籍之徒引賊劫掠以復私讐探報消息致賊逃竄者（盜賊窩主例）

按此可依强盗法

職官窩藏竊盜强盜罪應斬決者同上

按此等案件似可照窩藏通例不必因職官而加重此例可删

謀殺幼孩若係圖財或有因姦情事謀殺人例

按此條本係律外加重新章斬決改爲絞决已與尋常謀殺不同似可不必再加此二層竟可删去

有服卑幼圖財謀殺尊屬尊長罪應斬決者同上

按不明罪止之義於是律文之外紛紛議加非法律也

此等例文竟可删去

船戶店家圖財害命爲首者同上

按此可依强盗法

已删例二

苗人圖財害命者

臺灣等處商船圖財害命者以上並謀殺人例

光緒三十一年奏刪

姦夫起意商同姦婦謀殺本夫復殺死姦婦期親以上尊長者　姦夫聽從姦婦並糾其子謀殺本夫陷人母子均罹寸磔者姦夫擬斬立決若係姦夫起意加擬梟示

按此例似亦可刪律外加重也

殺一家非死罪二人及殺三人而非一家內二人仍係一家者

殺死一家三命分均卑幼內有一人按服制應同凡論者

謀故殺緦麻尊長一家二命者

誤殺一家三命以上者

殺死人命罪干斬決之犯如有將屍身支解情節凶殘者

以上並殺一家三人例

按殺一家三人在十惡不道之列專指凡人之非死罪者言故定律獨重若不及三人及三人非一家概行加重豈律意哉即卑幼一家三命亦與凡人不同殺指謀故設殺亦非其比事後支解亦與蓄意支解者有間此五條似皆可刪　第二項中多窒礙讀例存疑言之詳矣

廣東等六省糾眾械鬬四十人以上致斃彼造十命以上或不及四十人而致斃彼造二十命以上首犯鬬毆及故殺人例

按械鬬之案非尋常鬬毆可比然擬以絞決可矣此等私鬬之事與強盜等項匪徒究不同也

强姦已成將本婦殺死者威逼人致死例

按此條似可改爲絞決此等情節雖重而究止關乎一

人之生命

強姦本宗緦麻以上親及緦麻以上親之妻未成將本婦殺死分別服制罪應斬決者（同上）

按此例頗有窒礙說詳讀例存疑不如仍用本律斬決照章改絞決庶免參差　此項人犯強姦已成者例無明文若依罪止之義亦無可加重也

賊犯遺落火煤或然燒門櫺板壁或用火煤照亮致火起延燒不期燒斃事主一家三命以上者（同上）

按此非出於有心似可改爲絞決庶有區別英美刑法非出於有心者無處死之法中律尚難照辦

輪姦良人婦女已成殺死本婦者首犯（犯姦例）

按此等匪犯惡於強盜已改斬決不必再改

已刪例一

川省嘓匪有犯輪姦殺死人命者（犯姦例）

光緒三十一年奏刪

故燒各邊倉場係官錢糧草束者（放火故燒人房屋例）

按此明代舊例事關邊防故用軍法今各邊並無此等草場無關引用可以刪除至別項關於邊防之物甚多既爲舊例所未言卽可別定律文不必比依舊法也

挾仇放火致死一家三命以上者首犯（同上）

按此指並非有心殺人者言似可改爲絞決

圖財放火殺傷人　有因焚壓致死者爲首之人（同上）

按圖財放火唐律所謂先强後盜也既以强盜論則概用强盜法可

罪囚結夥反獄拒殺官弁下手幫毆有傷者　若拒傷官弁殺死役卒爲首並豫謀助毆爲從者（獄囚脫監及反獄在逃例）

按此條依劫囚例即用劫囚法

已刪例一

殺人盜犯及未殺人之首盜與傷人之夥盜原擬斬梟及斬決若越獄脫逃被獲者　若因越獄殺傷兵役者　其從部發遣在途脫逃殺傷兵役者同上

光緒三十一年奏刪

按以十斬梟條例除已經刪除之十四條外尚存四十三條其中可以刪除者十一條可改絞者十條畱一餘十八條姑仍其舊仍以斬決行之

三十一年奏請刪除凌遲等項重法原議斬梟各條亦改絞決經樞廷以斬梟各條情節較重與凌遲各條俱改斬決奉旨遵行未及三年不便遽生他議故但就現在情形酌定辦法如右將來修纂新律仍應逐條酌定

去留一律改為絞決惟大江洋海出哨官弁兵丁一條當用軍法應否列入律內抑別入陸海軍刑法之內再酌

再醮婦主婚人說

孀婦再醮例所不禁而應由何人主婚說者不一居喪嫁娶例載孀婦自願改嫁翁姑人等主婚而母家統眾搶奪杖八十夫家並無例應主婚之人母家主婚改嫁而夫家疏遠親屬強搶者罪亦如之等語此例定于乾隆初年自此例行後孀婦應由翁姑人等主婚必夫家無例應主婚之人方許母家主婚改嫁遵循已久惟夫家翁姑之外何者為應主婚之人何者為不應主婚之人例無明文引斷殊鮮依據說者頗議此例之未盡善也考明律箋釋云夫族無醮婦之義故律不言其有犯者亦當坐非女之祖父

母父母强嫁之罪若利其有而逼逐强嫁者尤當從重論
此謂夫家之人不應為孀婦主婚也輯註夫族無醮婦禮
也然例順人情以祖父母父母得以專制子孫之婦若必
拘以夫族無醮婦之禮恐啟爭競之端故居喪嫁娶條內
明立翁姑主婚之文此所以順人情也而夫族無醮婦之
說存而勿論可也又舊說云鄉野愚民惟利是視往往有
婦女夫亡母家夫家視為奇貨互相爭奪改嫁者然在母
家於伊女出閣之時業已受過財禮迨既經出嫁即為他
家之婦如遇夫亡改嫁自應夫家主婚受財而非母家所
得復行主持矣是以居喪嫁娶條例內孀婦自願改嫁翁
姑人等主婚受財而女家統眾强搶者杖八十視此則孀
婦改嫁應聽夫家主婚受財已有定例且今各省府州縣
衙門遇有孀婦改嫁呈控有案幾曾有斷令母家主婚者

若謂夫族無醮婦之禮則夫族豈肯甘心勢必致瞞背母家私自許嫁而母家又得藉爲例應主婚小則搶奪爭毆大則釀成人命訟獄從此滋繁矣古禮不行於今者甚多此說斷不可依從也此二說謂夫家可以主婚而不必拘拘於夫族無醮婦之義也會典康熙十二年題准凡婦人夫亡之後願守節者聽欲改嫁者母家給還財禮准其領回律例通考云孀婦改嫁事所恆有母家夫家恆致爭奪滋訟自應補纂列爲例款以昭劃一讀例存疑謂會典此條修例未經纂入自係疏漏此本會典爲說主婚應歸母家與箋釋之說相合者也按再醮婦主婚人夫家母家說各不同莫衷一是竊謂空閨孤守其事甚難古人制禮必本人情萬無拂人情而强以所難者故再醮之事北宋以前不獨世家大族亦行之即公主亦有再醮者漢唐最多

宋秦國大長公主初適米福德再適高懷德榮德帝姬初適曹晟再適習古國王見于史册不以爲耻宋史汝南王允讓傳爲大宗正奏宗婦年少喪夫雖無子不許嫁非人情請除其例范文正公之子婦先嫁純禮後適王陶其所立義莊有給孀婦改嫁之費此孀婦改嫁夫家主婚之明證不獨其時風俗如是亦必夫家不醮婦之說尚無明文也況其中更有子女皆無青年可憫衣食不給凍餒堪虞者翁姑人等於此或情所不忍或勢所難全往往有泣涕而遣嫁者焉則又不盡關乎風俗矣試又略風俗而進推其理婦人有三從之義未嫁從父旣嫁則從夫從子夫卽亡沒終屬夫家之人若夫家不願嫁母家勢不能强之嫁也是其權在夫家不在母家也晉書刑法志主簿程咸議緣坐之法謂在室之女從父母之誅旣醮之婦從夫家之

罰當時事獲施行後世纂入律內夫罰從夫家則其他之關涉應從夫家其義一也是主婚之當歸夫家其理甚明輯註等所言但論及事勢之利害而已尚未深究及此也然則今現行夫家主婚之例豈可遽議其未善乎特天下事不可執一而論此項主婚人亦有不能不由母家者七出之條所以全親親之誼故古者出妻之事最多今其事雖已絕無僅有而出妻之律尚列在婚姻門內此等去婦必歸母家此當由母家主婚者一也或者翁姑早沒夫又云亡夫家並無至近親屬可以主婚而母家則父母猶存或有至近親屬自不能不聽之母家此當由母家主婚者又其一也更有婦在夫家素為翁姑所不喜親屬又多不睦夫亡之後形單影隻凌逼難堪不得已而避居母家夫家亦不復顧問此等婦人若仍由夫家主婚諸多阻礙不

若由母家主婚之爲妥協此以情勢論之而當由母家主婚者又其一也會典所稱由母家領回改嫁當指此等婦女而言然則會典與例文正當參酌而行之未可偏廢矣或曰如夫家母家俱無例應主婚人則奈何曰此律所謂身自嫁娶者也夫家之翁姑母家之父母以及至近親屬皆無其人則身自改嫁者亦事所常有若在喪服已滿之後即爲例所不禁此所當別論者至例內所稱例應主婚人別無明文自當仍以律文爲斷律云凡嫁娶違律若由男女之祖父母父母伯叔父母姑兄姊及外祖父母主婚者獨坐主婚男女不坐餘親主婚者餘親謂期親卑幼及大功以下尊長卑幼主婚者事由主婚主婚爲首男女爲從事由男女男女爲首主婚爲從等語是律以有服無服爲判有服者並無例應主婚之人無服者即爲疏遠親屬以此引斷尚非無所依據若謂

餘親下及功緦卑幼限斷太寬則律內餘親本與祖父母父母等不同可以量爲區別夫家如有祖父母父母等由夫家主婚如無祖父母父母等而但有餘親母家有祖父母父母等卽由母家主婚母家如亦無祖父母父母等而但有餘親則仍由夫家於彼此之間稍示親疏之別似於律意尙不至抵牾以夫家之餘親與母家之祖父母父母等相較則此疏而彼親也惟會典所稱財禮一層則宜加討論財禮云者卽六禮之納采納幣乃聘女之物非以買女也世俗不明此義往往因爭奪財禮致啟釁端此等惡俗猝難變革會典云給還財禮亦就風俗之習慣起見律內亦有追還財禮之文第追還財禮乃指違律爲婚者言若夫亡改嫁而必給還財禮是直以財禮爲買女之物殊與禮意不合故論習俗則此層萬不可刪論學理則此層

萬不可存例文不言財禮之還否蓋已不用此旨此固宜
加討論而不可忽者也

變通異姓爲嗣說

唐戸令無子者聽養同宗於昭穆相當者唐律卽養異姓
男者徒一年與者笞五十疏議曰異姓之男本非族類違
法收養故徒一年違法與者得笞五十明律其乞養異姓
義子以亂宗族者杖六十若以子與異姓人爲嗣者罪同
其子歸宗卽本於唐律而罪名稍改從輕今律承之此異
姓亂宗之禁自唐以來並於律內著有明文蓋古人最重
宗法嗣異姓則宗法紊是以必嚴其辨今宗法久已不行
惟此亂宗之禁守之尙嚴亦告朔餼羊之意也竊嘗以意
推之同宗一族血脈相連卽遠至親盡無服之人亦皆祖
宗一脈之所分注相與嗣續自無間然若尋常異姓族類

既殊聽其嗣續則血脈不能相屬而宗系絕矣律之所以必嚴其禁也設使爲異姓親屬之人情誼素來親密雖事由人合與同宗一族之以天合者似屬有間而血脈究亦相通絕非尋常異姓之人可比譬諸花木同根一本出於天然其氣脈自相貫注若移花接木有能生活者有不能生活者其所以移之接之而遂能生活必其氣脈之隱隱相類者也然則尋常異姓誠不可亂宗若異姓而爲至近之親屬似亦不妨變通矣漢書惠帝紀內外公孫往應劭曰內外公孫謂王侯內外孫也內外孫有骨血屬嫭師古曰嫭音連此血脈相通之義古人已言之魏志武帝紀建安七年令曰吾起義兵爲天下除暴亂舊土人民死喪略盡國中終日行不見所識使吾悽愴傷懷其舉義兵已來將士絕無後者求其親戚以後之授土田官給耕牛置學師以教

之為存者立廟使祀其先人魂而有靈吾百年之後何恨哉此古時親戚為後見於教令者也又魏陳矯本劉氏子出嗣舅氏吳朱然本姓施以姊子為朱後見於史冊不以為非本朝大臣中有陸費瑔近日史館中有許鄧起樞並以二姓兼稱其他之以異姓親屬為嗣者更難僂指數此亦風俗之習慣不能遽禁者也查戶部則例戶口繼嗣門例載族人無子者許立同宗昭穆相當之姪承繼先儘同父周親次及大功小功緦麻如俱無方許擇立遠房同宗如實無昭穆相當之人准繼異姓親屬取具參佐及族長族人生父列名畫押印甘各結送部准其承繼如有抱養民間子弟戶下家奴子孫為嗣或實有同宗而繼異姓者均按律治罪等語此條係乾隆五年戶部奏准旗人專例中樞政考亦有此條其文與戶例大致相符是異姓親屬

旗人本有準其過繼明文但不得抱養民間子弟及以家奴子孫為嗣耳刑部有舊例一條云八旗有無嗣之人請繼立異姓親屬為嗣者務令該旗取具兩姓情願甘結並各該管官參佐領等及族長保結送部存案以杜占奪財產之端如無兩姓情願甘結不準繼立係雍正十二年定例後於乾隆三年刪除可見雍正以前旗人立繼之法甚寬乾隆三年又定旗人義子繼後之例後於嘉慶六年刪除視雍正例尤寬迨五年戶部定例之後刑部亦纂定一條云凡八旗無嗣之人如無同宗及遠近族人昭穆相當可繼為嗣者除戶下家奴民間子弟雖與另戶旗人分屬至親不準承繼外其有另戶親屬情願過繼者取具兩姓族長人等並該參佐領印甘各結咨部準其繼立儻實有同宗可繼為嗣揑稱並無族人矇混繼立異姓者仍按律治罪等語則親屬以

另戶爲限已較舊例爲嚴迨五十三年又定紊亂旗籍之例而辦法更嚴然其例內前一節云詐冒抱養民間子弟戶下家奴子孫爲嗣紊亂旗籍後一節云若有冒支錢糧情事毋論所繼者係屬異姓旗人民間子弟戶下家奴悉照冒支軍糧律從重科斷而異姓親屬一層並未聲明不准繼立故戶兵二部之例至今尙存與刑部之例並行不悖蓋異姓親屬彼此均係旗人所謂情誼親密血脈相通者也不獨與民間子弟家奴子孫不同並與旗人之異姓而非親屬者不同論其服制則或爲母之兄弟母之姊妹皆小功也或爲已之姊妹及同堂姊妹在室期功出嫁功緦也或爲妻兄弟之子於妻則大功也論其情誼則或朝夕往來或自幼團聚視遠房同宗之無服者爲親密也現在編纂嗣續法承繼一事可否略爲變通凡異姓親屬之

有服制者準其承繼為嗣其無服制仍不準承繼以示限制證諸戶兵二部之則例既有舊法可遵即無慮悖乎中國之禮教而推之民間風俗其以親屬承繼者又為習慣之事必不至窒礙難行也薛氏讀例存疑云以民人而論如有孤單零戶本宗及遠房無人可以承繼者取外姓親屬之人承繼似亦可行古來名人以異姓承繼者不知凡幾亦王道本乎人情之意也蓋已有此說今就其說而推衍之如此以為共相討論之助

誤與過失分別說

誤與過失古人每不分別大禹謨宥過無大孔傳過誤所犯雖大必宥以過誤並言此不分別者也舜典眚災肆赦孔傳眚過災害肆緩過而有害當緩赦之疏春秋言肆眚者皆謂緩縱過失之人是肆為緩也眚為過也過而有害

雖據狀合罪而原心非故如此者當緩赦之小則恕之大則宥之康誥乃有大罪非終乃惟眚災適爾既道極厥辜時乃不可殺疏若人乃有大罪非終行之乃惟過誤爲之以此故汝當盡斷獄之道以窮極其罪是人所犯乃不可以殺當以罰宥論之以誤故也觀康誥此節亦即本于舜典及大禹謨之意並專指過失而言孔疏先言過誤後言誤則過與誤未免混淆周禮司刺壹宥曰不識再宥曰過失三宥曰遺忘鄭司農云過失若今律過失殺人不坐死玄謂識審也不審若今仇讐當報甲見乙誠以爲甲而殺之者過失若舉刃欲斫伐而軼中人者疏假令兄甲是仇人見弟乙誠以爲是兄甲錯殺之是不審也康成此注將二者分而爲二調人凡過而殺傷人者注過無本意也是康成以不審爲誤非本意爲過失義各不同張斐律注表

不意誤犯謂之過失又云過失似賊戲似鬬鬬而殺傷旁人又似誤其不意二字即本諸康成之非本意而又加以誤犯二字於是二者又混合難分鬬而殺傷旁人正是誤而以似誤設爲疑詞可見其誤與過失不知分別晉律中或亦無誤殺傷專條也唐律諸鬬毆而誤殺傷旁人者以鬬殺傷論至死者減一等疏議曰鬬毆而誤殺傷旁人者假如甲共乙鬬甲用刃杖欲擊之誤中於丙或死或傷者以鬬殺傷論不從過失者以其元有害心故各依鬬法至死者減一等流三千里又諸過失殺傷人者各依其狀以贖論律注謂耳目所不及思慮所不到共舉重物力所不制若乘高履危足跌及因擊禽獸以致殺傷之屬皆是疏議曰假有投甎石及彈射耳不聞人聲目不見人出而致殺傷其思慮所不到者謂本是幽僻之所其處不應有人

投瓦及石誤有殺傷或共舉重物而力所不制或共升高險而足蹉跌或因擊禽獸而誤殺傷人者如此之類皆為過失稱之屬者謂若共捕盜賊誤殺傷旁人之類皆是據疏議所言於二者之分別最為分曉一則元有害心一則初無惡意判然不同耳目所不及思慮所不到二語亦即從非本意三字紬繹而出漢人語簡質至唐則詳明耳自是之後歷代遵循莫之或改今東西各國律文有過失而無誤推其用意蓋亦以誤殺者元有害心故無論其所殺者係所欲殺之人或非所欲殺之人其害之事已成難以未減唐律以鬬殺傷論亦即此意唐律至死得減一等究以其所殺者非其本欲殺之人東西律傷害人者本無死罪與唐律亦不甚懸殊審判官按其情節亦可酌量減輕此則在用律者之運用得宜矣

官司出入人罪唐明律比較說

漢書功臣表新畤侯趙弟太始三年坐爲太常鞫獄不實入錢百萬贖死而完爲城旦晉灼注律說出罪爲故縱入罪爲故不直此卽唐明律之官司出入人罪也此表言贖死則本應科以死罪張敞傳臣敞賊殺無辜鞫獄故不直雖伏明法死無所恨此亦死罪之證也功臣表商利侯王山壽元康元年坐爲代郡太守故劾十人罪不直免則僅止免侯與趙弟罪名相去懸殊漢律久亡其如何區別不可得而詳矣唐律明律其法不同今試取而比較之唐律官司出入人罪條諸官司入人罪者若入全罪以全罪論從輕入重以所剩論刑名易者從笞入杖從徒入流亦以所剩論從徒入流者三流同比徒一年爲剩卽從近流而入遠流者同比徒半年爲剩若入加役流者各計加役年爲剩從笞杖入徒流從徒流入死罪亦以全罪論其出

罪者各如之卽斷罪失於入者各減三等失於出者各減五等若未決放而還獲若囚自死各聽減一等疏議曰假有從笞十入三十卽剩入笞二十從徒一年入一年半卽剩入半年徒所入官司各得笞二十及半年徒之罪此從笞入笞以所剩笞數抵罪從徒入徒以所剩徒年抵罪也又曰從笞入杖亦得所剩之罪此從笞入杖以所剩杖數抵罪也從杖入杖准此從徒入徒見前又曰注云三流同比徒一年爲剩謂從徒三年入流二千里或二千五百里或流三千里遠近雖異俱曰流刑至於配所役身三流同有一年居作故從徒入流三流同比徒一年爲剩卽從近流二千里入至二千五百里或入至三千里者同比徒半年爲剩若從三流入至加役流者各計加役年爲剩但入加役流者加常流役二年將加役二年以爲剩罪假有囚犯一年徒坐官

司故入至加役流卽從一年至三年是剩入二年徒罪從徒三年入至三流卽三流同比徒一年爲剩加役流復剩二年卽是剩五年徒坐此從徒入流者以流比徒合計徒年以所剩徒年抵罪也其從近流入遠流及加役流者亦以流比徒合計徒年見上疏議詰以所剩徒年抵罪也凡此皆律所謂以所剩論者也若從笞杖入徒流從徒流入死罪則以全罪論而不以所剩論疏議曰假有從百杖入徒一年卽是全入一年徒坐此其比也其從重出輕者或以所剩論或以全罪論亦如從輕入重之法至失入失出之減等疏議謂假有從笞失入百杖於所剩罪上減三等若入至徒一年卽同入全罪之法於徒上減三等合杖八十之類失於出者各減五等假有失出死罪者減五等合徒一年半失出加役流亦準此三流同爲一減減五等合徒一

年之類此失入失出之減法亦與增輕作重同也又疏議問曰有人本犯加役流出爲一年徒坐放而還獲減一等合得何罪答曰全出加役流官司合得全罪放而還獲減一等合徒五年今從加役流出爲一年徒坐計有五年剩罪放而還獲減一等若依徒法減一等仍合四年半徒既是剩罪不可重於全出之坐舉重明輕止合三年徒罪此又減罪從流減徒不從徒減徒之法此唐法之大凡也明律官司出入人罪條小注若增輕作重入至徒罪者每徒一等折杖二十入至流罪者每流一等折徒半年項言云若增輕作重入徒罪者每徒一等折杖二十如人應笞二十增至杖七十徒一年半則以二等之徒折杖四十併入五徒原包杖一百通作一百四十於內出去應笞二十合坐官司剩杖一百二十全決之也若入流罪者每流一等

折徒半年如其人應杖六十增至杖一百流三千里則以三等之流折徒一年半先於三流原包五徒通折杖之內除去杖六十合坐官司杖一百四十徒一年半其流折徒不折杖矣自來說者謂五徒原包杖一百故折徒爲杖三流原包五徒之杖二百故折流爲徒又折爲杖其折算法杖一百流三千里折杖二百徒一年半杖一百流二千五百里折杖二百徒一年杖一百流二千里折杖二百徒半年杖一百徒三年折杖二百杖九十徒二年半折杖一百八十杖八十徒二年折杖一百六十杖七十徒一年半折杖一百四十杖六十徒一年折杖一百二十其除法笞杖與笞杖相除各按數除之笞杖與徒相除以徒折杖除之徒與徒相除各以徒折杖除之笞杖與流相除以流折徒杖除之徒與流相除以徒折杖以流折徒杖除之流與流

相除各以流折徒除之此明法之大凡也明法本於唐特刑制與唐稍有不同故此法亦不能盡同唐三流各有徒役一年又加役流加徒役二年明徒流並有加杖而三流無一年之徒役加役流但存誣告人死罪未決一條不列五刑之內其不同者如此唐三流同比徒一年加役流以二年為剩罪五徒仍按等計算其法簡而易知明以徒折杖每徒一等折杖二十以流折徒每流一等折徒半年而又有流罪折杖之法三流原杖總皆一百流二千里者較徒三年加一等徒三年折杖一百則流二千里應折杖一百二十合之原杖得二百二十流二千五百里又加一等折杖一百四十合之原杖得二百四十流三千里又加一等折杖一百六十合之原杖得二百六十其法繁而難曉唐三流同比徒一年從二千里入二千五百里及三千里

並以半年爲剩罪其等差稍涉含糊此唐之疏也明徒流並折爲杖與笞杖通而爲一故折算除皆無絲毫之參差此明之密也唐三流一年爲剩罪加役流二年爲剩罪以其本有一年二年之徒役近流入遠流半年爲剩以五徒本以半年爲一等也此唐法之皆有依據者也明徒流折杖之法不知本於何條謂本於徒流之加杖則與加杖之數不相符謂徒流原包杖數則律內並無明文謂徒起於杖一百之後原以二十杖爲一等故徒一等折杖二十此注釋家之說其意蓋以徒重於杖故倍加爲一等而流重於徒何以又不倍加也此明法之出於一方之見解而非全有依據者也更即其輕重而比較之笞杖入徒流徒流入死罪其故入者唐以全罪論明以剩罪論此輕重之顯異者可勿論笞杖與笞杖相除明與唐不異流與流相除

惟二千里入三千里乃明之重于唐者若二千里入二千五百里或二千五百里入三千里明與唐亦不異惟唐法失入減三等失出減五等明亦從之而又分吏典首領佐貳長官爲四等於是長官失入得統減六等失出得統減八等假如失增杖百至死唐法徒二年半明法吏典杖八十首領六十佐貳笞四十長官笞二十其未決者吏典杖六十首領笞四十佐貳二十長官減盡無科又如失增徒一年或一年半或二年至死唐法並徒二年半明法徒一年者佐貳已減盡無科一年半者首領已減盡無科徒二年者吏典笞二十首領以上無科未決則吏典亦無科其失增徒二年半至死則吏典已上並無科此唐重明輕其相懸殊也如此夫人命至重以罪不至死之人而妄擢死罪豈尋常疏忽可比而原問官司或僅問杖笞或竟無一

人問罪揆諸情理豈得爲平況從笞入杖明法亦與唐同失增笞一十二十三十至杖百者長官尚有應科之罪而失增至死立法反如此之寬兩兩相形實未允當其他之唐重明輕非止一端姑不贅論夫明之定此法也必以唐法爲疏而務求其密復以抵算之難也又創爲折杖之法固謂如是則可無一毫之差矣而孰知太密則反疏仍有可抵之隙乎大凡法之同異顯著者其得失易明此法抵算紆曲非互相比較其得失難明故爲之比較如此唐明之得失可不煩言而解矣

明律徒流折杖與唐律徒流加杖之法不同說

明律誣輕爲重及增輕作重二律皆有徒流折杖抵算之法其算率極密說者謂卽唐律徒流加杖之法今以唐律攷之其徒罪折杖之法似出于唐而亦不盡同流罪折杖

之法與唐律流罪加杖之法則迥然各別今分析說之如左

唐律諸犯徒應役而家無兼丁者徒一年加杖一百二十不居作一等加二十疏議曰一等加二十即是半年徒加杖二十不居作既已加杖故免居作

若徒年限內無兼丁者總計應役日及應加杖數準折決放疏議曰徒限未滿兼丁死亡或入老疾或犯罪徵防見無兼丁者若犯徒一年三百六十日合杖一百二十即三十日當杖十若犯一年半徒五百四十日合杖一百四十即是三十八日當杖十若犯二年徒七百二十日合杖一百六十即是四十五日當杖十若犯二年半徒九百日合杖一百八十即五十日當杖十若犯三年徒一千八十日合杖二百即五十四日當杖十若犯三年半徒一千二百六十日亦杖二百即六十三日當杖十若犯四年徒一千四百四十日亦合杖二百即七十二日當杖十其役日未盡不滿杖十日律云加者數滿乃坐既不滿十據理放之

此徒罪無兼丁之例也又諸工樂雜戶及太常音聲人犯流者二千里決杖一百一等加三十留住俱役三年疏議曰合流二千里者決杖一百二千五百里者決杖一百三十三千里者決杖一百六十俱留住役三年犯加役流者

役四年名例云累徒應役者不得過四年故三年徒上止加一年以充四年之例若習業已成能專其事及習天文并給使散使各加杖二百犯徒者準無兼丁例加杖還依本色若婦人犯流者亦留住流二千里決杖六十一等加二十俱役三年疏議曰婦人流二千里決杖六十流二千五百里決杖八十流三千里決杖一百三流俱役三年若加役流亦決杖一百即是役三年既決杖之文在上明須先決後役諸官戶部曲若犯流徒者加杖免居作疏議曰準無兼丁加杖準犯三流亦止杖二百決者付官主不居作其罪止有半年徒若應加杖者杖一百應減者以杖九十為次疏議曰假有縣典故增四杖加徒半年縣尉知而判入即以典為首合徒半年典若丁罪決杖一百縣尉應減一等處杖九十徵銅九斤之類此流罪留住之例也

明律誣告律若告二事以上輕事告實重事招虛或告一事誣輕為重者皆反坐所剩若已論決全抵剩罪未論決笞杖收贖徒流止杖一百餘罪亦聽收贖小注謂誣輕為重至徒流罪者每徒一等折杖二十若從徒入流者三流

并准徒四年皆以一年爲所剩罪折杖四十若從近流入至遠流者每流一等准徒半年爲所剩罪亦各折杖二十又官司出入人罪律若增輕作重減重作輕以所增減論小注若增輕作重入至徒罪者每徒一等折杖二十入至流罪每流一等折徒半年纂注若增輕作重入至徒罪者每徒一等折杖二十如其人本笞二十增至杖七十徒一年半則以其二等之徒折杖四十併入五徒原包杖一百通作一百四十於內除訖笞二十官司合坐剩杖一百二十全決之也若入至流罪每流一等折徒半年如其人本杖六十增至杖一百流三千里則以其三等之流折徒一年半先於三流原包五徒通折杖一百之內除訖杖六十官司合坐全決杖一百四十徒一年半其流不折杖也此明律徒流折杖之法也

按唐律疏議謂家無兼丁免徒加杖者矜其糧餉乏絕又恐家內困窮一家二人俱在徒役理同無丁之法便須決放一人是唐代無兼丁之例加杖而免其居作乃矜恤之仁與明法之主于折除抵算者其命意不同唐律雖有總計徒日準折決放之文而其名則曰加杖與明法折杖其稱名不同唐之五徒本無加杖自徒一年加杖一百二十起每等加二十至滿徒為杖二百明之五徒本有六十至一百之加杖而折杖之法即視其原杖之數徒一年原杖六十將徒一年亦折六十合之原杖得一百二十餘徒準此徒一年半折杖一百四十徒二年折杖一百六十徒二年半折杖一百八十徒三年折杖二百其算率亦不同此以杖折徒之法以唐與明相較名同而實不同也疏議又謂工屬少府樂屬太常並不貫州縣雜戶者散屬諸司上

下太常音聲人謂在太常作樂者此等不同百姓職掌惟在太常少府等諸司故犯流者不同常人遠配又謂工樂及太常音聲人皆取在本司習業依法各有程試所習之業已成又能專執其事及習天文業者在太史局天文觀天文生以其執掌天文依令諸州有閹人並送官配內侍省及東宮內坊名為給使諸王以為散使本是良人以其宮闈驅使並習業已成天文生等犯流罪並不遠配各加杖二百又謂婦人之法例不獨流故犯流不配是唐代留住之例或因其散隸諸司或因能專其事或因例不獨流乃有決杖加杖之別明稍變其制分別為決杖拘役決杖收贖亦非以杖折流也唐律誣告重事虛反其所剩並無折杖抵算之法官司出入人罪從輕入重以所剩論從徒入流三流同比徒一年為剩近流入遠同比徒半年為剩

亦別無折杖之法明律於誣輕爲重增輕作重二律不獨以杖折徒並以杖折流三流並於徒三年折杖二百上遞加一等二千里折杖二百二十二千五百里折杖二百四十三千里折杖二百六十是三流每等抵折杖二十也雖以徒折流本于唐法然唐之流本有徒役一年故得以流比徒明之流已無徒役乃以徒折流復由徒折杖全非唐律之意核諸唐代留住之律其決杖加杖數皆不符此流罪折杖之法以唐與明相較又迥然各別者也大抵明人永用唐法往往不尋繹其立法之本意而但於形式間求之即此誣輕爲重增輕作重二律亦但求算率之密不爽絲毫其折除抵算旣紆曲而難明其情罪輕重之間又未能折衷至當明律之失每在于是古人之法原未可率意更張也說者或以明之折杖爲本于唐法故特彙唐明二

律而著其不同者如是

故殺胞弟二命現行例部院解釋不同說

准大理院咨稱本院具奏解釋現行律例部院取義不同請旨飭交法律館詮釋明白以免歧異一摺奉旨依議欽此咨行到館查原奏內稱陝撫奏趙憘憘故殺胞弟趙九成趙火成各身死一家緣趙憘憘與胞弟趙九成趙火成同父異母素相和睦趙九成年甫七歲趙火成年甫五歲俱係趙憘憘繼母馮氏所生馮氏憎嫌趙憘憘挑唆伊父趙昌喜將趙憘憘分出另度光緒三十四年八月初十日趙昌喜同馮氏並次子趙禿子赴地工作留趙九成等在家看門將房門鎖鑰繫於趙九成身上趙憘憘探知因貧起意竊伊父衣服當錢花用遂獨自前往見鎖鑰繫於趙九成身上將鎖鑰誘去開門搜檢箱內衣服趙九成喊阻

聲稱告知其母趙憘憘觸起馮氏挑唆分出之嫌起意將
趙九成致死拽忿取刀砍傷趙九成右腮頰連右耳倒地
復砍戳傷其腦後等處當即身死趙火成在旁哭鬧趙憘
憘起意一併致死滅口將趙火成揿按地上用刀砍戳傷
其左耳連耳輪脊背登時殞命趙憘憘攜贓逃逸報驗獲
犯該撫將趙憘憘依舊例故殺期親弟照故殺大功弟律
從一科斷擬絞監候經大理院改照現行律期親兄故殺
弟者流二千里等因具奏咨部法部查現行例載期功以
下尊長謀故殺卑幼之案如係因爭奪財產圖襲官職挾
嫌慘斃及圖姦等項者不論年歲俱照凡人謀故殺問擬
等語此條例文係將期功以下尊長殺死卑幼各條修併
為一舊例功服以下尊長致死卑幼之案如係圖謀財產
並強盜放火殺人及圖姦謀殺或挾其父兄伯叔夙嫌遷

怒殺害洩忿者均照凡問擬期親尊長因爭奪弟姪財產官職及平素讐隙不睦故殺弟姪年在十歲以下者亦悉照凡人問擬今現例修併一條則例內爭奪財產一語自係本舊例圖謀財產而來圖襲官職一語自係本舊例爭奪弟姪官職等項而來挾嫌慘斃一語自係本舊例挾嫌遷怒及平素讐隙而來參觀互證是文氣雖改從簡括而於同凡論罪之處並未輕議更張有犯自應遵依處斷不得復援服制寬減致與例意不符此案趙憘憘先將趙九成致斃起衅既屬挾嫌復將趙火成致斃情節尤為奇慘趙九成趙火成年均幼稚有何干犯可言為之兄者竟忍挾嫌慘殺立斃幼弟二命迹其義絕之狀自應照凡人定擬該撫將該犯仍依服制科斷置同凡之例於不論情節顯有不符大理院未經指駁亦即援服制依現行律改流

自係因舊律重新律輕不得不本斷罪依新頒律之義量
予判決惟是律重服制故以尊犯卑多從寬典例杜殘殺
故以尊害卑仍應從嚴今趙憘憘連斃幼弟二人如果無
挾嫌情事猶得云死者分均卑幼不妨按服制從寬惟訊
供既明認挾嫌銜情又實屬慘斃則按之條例揆之倫理
均應同凡定罪俾此等慘殺之徒不得復依服制減科相
應請旨將趙憘憘一案仍飭下大理院駁令該撫另行妥
擬等因奏交大理院覆判大理院查明律於兄妹故殺弟
妹及伯叔姑故殺姪並姪孫俱定爲流二千里其源實本
於唐律蓋服制最近謀故亦不擬死罪初非大功以下尊
長所可得而同逭前明中葉始有凡兄與伯叔謀奪弟姪
財產官職等項故行殺害者問罪屬軍衛者發邊衛充軍
屬有司者發邊外爲民之例然其時第限於財產官職兩

項亦止充軍未嘗遽擬以死罪也國朝康熙年間議准凡親兄因爭奪財產官職及挾讐持金刃等兇器故殺弟命者擬絞監候一條又題准凡親伯叔爭伊姪財產及奪官職挾讐故殺者亦照例擬絞監候一條雍正三年修併爲一其文云凡兄及伯叔因爭奪弟姪財產官職及平素讐隙不睦有意執持兇器故行殺害者擬絞監候仍斷給財產一半與被殺家屬養贍如無前項重情仍照律擬罪蓋本前明問刑條例而加入讐隙不睦一層然其所謂讐隙者亦指兄之與弟伯叔之與胞姪而言固與死者之父母無涉也迨乾隆四十二年因江西省郭義焙圖財殺死小功堂姪一案始定有有服尊長殺死卑幼如係圖謀卑幼財產殺害卑幼之命並強盜卑幼資財放火殺人及圖姦謀殺等案悉照平人一例辦理之例五十六年因山西省

余文全故殺大功弟及孫式漢故殺小功堂姪二案始定有有服尊長殺死卑幼之案如卑幼並無觸犯情節祗因父兄伯叔平日不肯資助及相待刻薄挾有夙嫌將其年在十二歲以下無辜幼小子嗣弟姪遷怒故行殺害圖洩私忿者悉照凡人謀故殺本律擬斬之例迨嘉慶六年修例時聲明期親尊長因爭奪弟姪財產官職及平素讐隙不睦故行殺害者擬絞係專指期親而言此二條乃大功以下尊長謀殺卑幼照平人問擬斬候之例與期親擬絞條例絕不相同因將有服尊長俱改爲功服以下尊長而例內之十二歲以下改爲十歲以下故知挾嫌遷怒故殺係專指功服以下尊長而言期親並不在內較然可見至故殺期親卑幼分別年歲之例亦始於乾隆五十六年因四川省王均進圖産砍傷四歲幼弟王均連身死案內經

刑部改依凡人定擬斬候纂爲定例其原例云一尊長爭奪財產故殺弟姪之案除被殺弟姪年已長成有與尊長爭鬭之情者仍依爭奪財產舊例定擬外如弟姪年在十二歲以下幼小無知並無爭鬭之情尊長因圖占財產輒行慘殺毒斃者悉依凡人謀故殺律擬斬監候詳閱舊例蓋全指爭奪財產而言並無另有挾嫌之說至嘉慶六年始將此條併入期親尊長爭奪財產官職條內其例文云期親尊長因爭奪弟姪財產官職及平素讐隙不睦有意執持兇器故殺弟姪者如被殺弟姪年在十一歲以上將故殺之尊長擬絞監候若弟姪年在十歲以下幼小無知尊長因圖占財產官職挾嫌慘殺毒斃者悉照凡人謀故殺律擬斬監候如無爭奪挾讐情節無論年歲仍照本律例定擬細繹例意其於平素讐隙不睦一層隸諸十一歲

以上蓋年已稍長容有讐隙之事若十歲以下幼小無知從何而生讐隙例謂因圖占財產官職挾嫌慘殺毒斃蓋挾嫌非別爲一項當卽承圖占財產官職而言下云如無爭奪挾嫌情節則復統承上二項不然故殺期親弟姪分別年歲舊例本不言及挾嫌豈容無端加入原任刑部尚書薛允升近世號稱專精刑律者其所著讀例存疑一書於此條頗有微詞大致謂爭奪財產官職謀殺弟姪分別年歲問擬斬絞辦理尙無歧誤至讐隙不睦一層是否專指胞弟及胞姪之年未及歲者而言礙難懸擬蓋非素有嫌隙決不致蓄謀致死如胞姪年未及歲與該犯有何嫌怨其爲挾死者父母之嫌不問可知若死者已屬成人被該犯挾嫌謀斃亦照此例定擬是謀故殺胞姪卽應擬絞不用擬流之律矣蓋舊例有故殺期親弟妹照故殺大功

弟妹律擬絞之文故於胞弟之年未及歲者尚未深論然其意不以挾嫌一節爲然固顯而易見也上年法律館修改現行刑律於讀例存疑之說採取獨多亦以律設大法其隨時纂入之例苟與本律違忤或律外加重者概從刪併即如故殺弟妹律本擬流例則擬絞其刪例而從律宜也至功服以下尊長殺死卑幼二條期親尊長故殺弟姪一條現行例修併爲一其於功服條下僅取圖姦一項而強盜卑幼資財放火殺人仍依親屬相盜本律辦理不照凡人謀故殺問擬也現行律凡人謀故殺擬絞功服以下尊長故殺卑幼亦擬絞例既不以年歲爲斷即挾其父兄伯叔素無資助之嫌遷怒故行殺害情節亦不比強盜放火殺人爲重故例不著其文也至期親尊長條下亦刪去平素讐隙不睦一語則以讐隙初無界限槩而至於謀故

正不必以尋常讐隙生輕重也故此條既廣爲期功以下通例例內第云如係因爭奪財產圖襲官職挾嫌慘斃及圖姦等項者不論年歲俱照凡人謀故殺問擬蓋爭奪財產圖襲官職其積嫌有素其蓄謀甚深其勢不殺不止自前明以來卽重之竊謂必挾此爭奪圖襲之嫌方可照凡人謀故殺定擬論文氣固屬相承謂事理亦非過當若必以挾嫌自爲一項則故殺容出一時氣忿謀殺則無非挾有夙嫌而又不論年歲將功服以下例本擬絞者無不照凡人實矣期親尊長律止擬流者無不照凡論抵矣不惟與律重服制之義不符卽揆諸刪除故殺期親弟妹擬絞之條不幾求輕而反重乎故趙憘憘一案以趙憘憘與趙九成等雖同父異母而其爲期親兄則一也趙九成年甫七歲趙火成年甫五歲死雖幼稚然新例既不以年歲論

則自不能以此加重也至其起衅之由趙憘憘因貧起意竊取伊父衣服固非爭奪財產可比迨趙九成喊阻聲言告知其母趙憘憘始觸起繼母馮氏挑唆分出之嫌將其故行殺斃迹雖涉於挾嫌遷怒然舊例亦第爲功服以下而設期親並不在內該撫將趙憘憘依故殺弟妹舊例擬絞尙無錯誤第所引例文業經刪除而趙憘憘挾伊繼母之嫌故殺胞弟並不在舊例同凡之列若以爲無論何嫌俱應引用挾嫌慘斃之條則以舊例專指功服以下尊長之案而科及期親輕重失倫恐非此次修例之本意惟例內挾嫌慘斃一語是否於爭奪財產圖謀宜職外別爲一項抑或兼承上文而言例由法律館修併按語未有明文應請飭交將此條詳細詮釋通行以免歧異等因查此條現行例文法部謂挾嫌慘斃一語卽本舊例挾嫌遷怒而

來大理院則謂挾嫌非別爲一項兩議不同自應詳考舊例源流及此次修改之本意庶歸允當大理院原奏於此例歷次修改之處縷述剖析已極詳明茲復再三尋繹此例本於前明而明例無讐隙不睦之語其爲專指謀奪財產官職而言本自明白其原文云問罪者乃仍科以本律之流罪其分別邊衛充軍邊外爲民者則明代軍戍之辦法不過於尋常罪中畧示區別未嘗於律外加至極典國朝康熙十九年題准現行則例凡兄欲爭奪弟之財產及奪官職平素讐隙不睦有意欲殺執持刃槍小刀木棍等兇器故殺者擬絞監候秋後處決如無此等情由仍照律擬罪凡有親伯叔奪兄弟之子房産田地及奪官職等情由挾讐故行殺害者照此例擬罪等語雖添入讐隙不睦及挾讐字樣而其文意緊接上文其讐卽由財産官職而

來本非別爲一事迨二十二年刑部將此條分作二條題准例文其一條云凡親兄因爭奪財產官職及挾讐持金刃等兇器故殺弟命擬絞監候云云始將及字移在官職之下然其又一條云凡親伯叔爭伊姪財產及奪官職挾讐故殺者亦照例擬絞監候挾讐二字仍緊接上文不別爲一項在兄之於弟與伯叔之於姪情誼相同例文自不得有異疑編輯時偶未檢對致有參差之處雍正三年將現行例二條修併於問刑條例之內其文云凡兄及伯叔因爭奪弟姪財產官職並平素讐隙不睦有意執持兇器故行殺害者擬絞監候云云其改及字爲並字按語中雖無明文而並字之義讀律佩觿所謂罪應齊等情應共視者有如同姓親屬相毆律並以凡人論毆祖父母父母律並令歸宗皆承上文言此條並字之義亦當如是核與及

字逈不相同推其改定之意殆因兩條併爲一條故用並字以總承之也乃乾隆五年修律又改並字爲及字無按語可考不能詳其修改之故然乾隆元年又定故殺期親弟妹照故殺大功弟妹律擬絞之例自是之後凡尋常因讐隙謀故殺期親弟妹之案援引此條者多而援引爭奪財產官職條內之讐隙不睦例文者少蓋以兩例皆係絞候罪名本無出入也迨乾隆五十六年又定圖占財產慘殺年十二歲以下弟姪依凡人謀故殺擬斬之例其修律按語云財產究屬祖宗所遺在尊長混行爭奪固屬不合在卑幼毫無退讓顧恤之情亦屬有乖名義故雖殺出有心亦罪止繯首不與凡人同科至若幼小無知弟姪並無與該犯爭鬬之情祇因圖占財產無辜慘殺卽屬恩義斷絕應以凡人謀故殺本律定擬云云是此條同凡之例爲

死係幼小無知而設亦專指圖占財產一事尋常釁隙並不在內甚爲明顯嘉慶六年將爭奪財產官職圖占財產兩條修併爲一其文曰若弟姪年在十歲以下幼小無知尊長因圖占財產官職挾嫌慘殺毒斃者悉依凡人謀故殺律擬斬云云此條因圖占財產官職挾嫌慘殺毒斃一句實本于舊例因圖占財產輒行慘殺毒斃之文但改輒行爲挾嫌耳挾嫌承上文一串說下並非別爲一項例文原自明顯修律按語中亦不言挾嫌別爲一項尤其明證也舊例功服以下尊長殺死卑幼凡兩條一云如係圖謀卑幼財產殺害卑幼之命並强盜卑幼資財放火殺人及圖姦謀殺等案悉照平人謀故殺律問擬斬候不得依服制寬減其餘尋常親屬相盜及因圖詐圖賴他人財物謀故殺卑幼之案仍依服制科斷一云因其父兄伯叔素無

資助及相待刻薄挾有夙嫌將其十歲以下幼小子女弟姪遷怒故行殺害圖洩私忿者悉照凡人謀故殺本律擬斬監候不得仍依服制科斷其挾嫌謀殺卑幼年在十一歲以上並其餘謀故殺卑幼之案仍照律擬絞監候各等語此二條並是同凡之例前條專指圖產等項後條專指素無資助相待刻薄挾嫌遷怒而其餘案件均不在內分別亦極爲明顯互證參觀則挾嫌乃通常之語不得自爲一項毫無疑義故秋審條款謀故殺期親以下卑幼各案如圖詐圖賴爭繼爭產畏累憎嫌並因錢債田土口角細故逞兇殘殺或非理欺陵者俱入情實一條所稱圖詐等項並在挾嫌範圍之內可見通常挾嫌之案歷來辦法不用同凡之例確有明證此考諸舊例源流而知挾嫌二字不得別爲一項者也至本館此次修改現行刑律奏明以

減輕為宗旨凡例之於律外加重者大多刪後定之例而仍用本律期親服制最近是以律內卑之犯尊罪名綦重而尊之犯卑並無死法以恩與義並重非大功以下可比律文亦與大功以下分列兩條明例此條仍問本罪而屏之遠方初未格外加重古人謹守律義而不敢逾越者亦懼立一重法而諸重法因之以生極有關係故殺期親弟姪律止流二千里而遽照大功擬絞已屬律外加重若更等於平人則重而又重實非定律之本意故此次修律按語謂期親與大功服差一等治罪亦各不同今毆死期親弟妹照本律加等擬流尚與毆死大功弟妹之應滿流者有別若故殺同擬絞候並無等差可分非惟與律意不符亦似過於嚴厲將此條議准刪除此後遇有謀故殺之案自應概照本律辦理不當再於律外加重若以通常挾嫌

之案而與平人同論則視舊例反重不轉失此次修改之宗旨耶爭奪財產圖襲官職等項情節較重此次存而未刪而將期親一條與功服兩條修併爲一按語謂功服多强盜放火殺人圖姦兩層期服多爭奪官職一層除强盜放火殺人一項已於親屬相盜門改從親屬相毆相盜並凡鬬殺傷從重問擬外圖姦與爭奪官職均係本宗親屬常有之事不宜各以期功爲限致令互見之案轉失依據自應薈列各項改爲期功通例云云其條列各項極爲詳悉而獨不及挾嫌一項可見此條所云爭奪財產圖襲官職挾嫌慘斃即襲用舊例圖占財產官職挾嫌慘殺毒斃之文而舊例又本于原例圖占財產輒行慘殺毒斃一語並非本舊例挾嫌遷怒及平素讐隙而來其文氣一串說下圖姦上又以及字隔斷之則挾嫌之非自爲一項亦甚

明顯此修改之本意亦未嘗以挾嫌別爲一項也竊謂挾嫌者殺害之原因舉凡通常故殺之案間或有起于一時之忿怨而謀殺之案從未有毫無嫌隙而蓄意殺害者故其範圍所包者廣情節重大固謂之嫌即尋常細故亦不得不謂之嫌嫌者通常之語非若財産官職等項皆有事實可以指數挾嫌由事實而生舍事實而空言挾嫌則無論情之輕重事之大小皆可以嫌字概之亦將不論輕重大小而概以凡人論乎況挾嫌遷怒一條以遷怒爲事實今不出遷怒字樣而謂已該于挾嫌之內恐亦無此等解釋律例中一二緊要字眼關繫罪名之生死出入不得有此含糊籠統之詞也然則解釋此條例文當以大理院之議爲是至趙憘憘一案由于其繼母馮氏不能容前妻之子挑唆其夫將趙憘憘分出另度後來之慘禍皆由此醞

釀而成趙愭愭固罪無可逃而馮氏實當分任其過自來家庭多故往往由于後母之不良特為法令之所不能及耳其當場起衅之由係因竊取伊父衣服此乃親屬相盜在舊例功服以下尊長亦仍依服制科斷何論期親其情之慘在兄弟二命舊例殺死功緦卑幼二命有加重絞決之條而期親無之其情之重在挾繼母之嫌殺害兩弟舊例功服以下有因素無資助相待刻薄挾嫌遷怒同凡之例而期親亦無之其事既非爭奪財產官職等項則又與同凡之舊例不甚吻合是即按舊例科斷亦祇可照故殺大功弟擬絞不得照平人故殺擬斬也雖死者年均幼稚情節實屬慘忍而例內分別年齡一層既經删去又無他條可以依據是即欲從重問擬而比附無由則辦法祇可如此若舍本律而牽就新例轉恐未能允協也謹議

附說

謀故殺人舊說謂其元有害心故論情獨重古法但問其爲謀爲故而不問其謀故之爲何事原以事之輕重於罪名無關係也國朝律例凡尋常謀故殺惟圖財因姦別有加重之條而其餘案件並無區別獨於服制之謀故殺案件有分別其事實以爲輕重者其原起於明例之爭奪財產官職一條其後例文日增遂有期親亦同凡論之例究而言之謀故之所重者在其用心之險惡初不繫乎其事實之何如財產官職亦不過謀故中之事實何必顯示區分至若素無資助相待刻薄等項尤爲親屬中常有之事世風衰薄族誼日疏此等情形實由其父兄伯叔有以致之不得全歸罪於行兇之人現在謀故殺亦改絞候大功以下尊長同凡不同凡罪名相等但秋審有實緩之分耳

故殺期親弟妹律止流二千里舊例同凡改爲斬候加至數等本屬過重刋案情不一關于財產官職之事往往有由卑幼肇衅者乾隆五十六年修律按語謂財產究祖宗所遺在尊長混行爭奪固屬不合在卑幼毫無退讓顧恤之情亦有乖名義所論最爲平允然則此條現行例文論功服以下則治罪從同論期親則過于嚴厲實亦在可以删除之列惟幼小無知之弟姪無辜被殺實屬義乖情慘與其餘謀故之案不同在凡人謀殺十歲以下幼孩有加重絞決之條而服制則概行删汰遇有此等案件遂滋疑議如趙愭愭一案是也在功服以下尊長罪已至死秋審時亦無不入實尚無出入而期親若仍依本律流二千里與通常謀故之案毫無區别不足以懲薄俗而饜人心似應將現行例此條删除而另纂期親尊長謀故殺十歲以

下弟姪加重專條庶有遵守惟現行刑律甫經頒布此時未便修改且見察而改例從重亦非所宜姑存鄙說可也

法學盛衰說

孔子言道政齊刑而必進之以德禮是制治之原不偏重乎法然亦不能廢法而不用虞廷尚有臯陶周室尚有蘇公此古之法家並是專門之學故法學重焉自商鞅以刻薄之資行其法寡恩積怨而人心以離李斯行督責之令而二世以亡人或薄法學爲不足尚然此用法之過而豈法之過哉漢改秦苛法蕭何修律雖以李悝之法爲本而秦法亦采之然惠帝除夷族之法文帝除誹謗妖言之法除肉刑景帝減笞法其時人民安樂幾致刑措用法而行之以仁恕之心法何嘗有弊嘗考法學之盛衰而推求其故矣按法家者流出于理官自李悝著法經其後則有商

鞅申不害處子慎到韓非游棣子諸人並有著作列在漢志法家是戰國之時此學最盛迨李斯相秦議請史官非秦記皆燒之非博士官所職天下敢有藏詩書百家語者悉詣守尉雜燒之若欲學法令者以吏爲師自是法令之書藏于官府天下之士阨于聞見斯時朝廷之上方以法爲尙而四海之內必有不屑以吏爲師者而此學亦遂衰漢興雖弛秦厲禁而積習已久未能遂改外郡之學律令者必詣京師又必於丞相府文翁傳乃選郡縣小吏開敏有材者張叔等十餘人親自飭厲遣詣京師受業博士或學律令嚴延年傳延年少學法律丞相府歸爲郡吏此其證也叔孫通秦時以文學徵爲博士而在漢時益律所不及傍章十八篇于定國學法于父可以見漢人不皆以吏爲師鄭崇傳爲高密大族父賓明法令爲御史亦必非師

于吏者丙吉治律令黃覇少學律令莫能詳其所從學然當時此學之未盡歇絕猶有李悝之流風餘韻也其後叔孫宣郭令卿馬融鄭玄諸儒章句十有餘家家數十萬言合二萬六千二百七十二條七百七十三萬二千二百餘言鄭氏括囊大典網羅衆家猶為此學尤可見此學為當時所重故弟子之傳此學者亦實繁有徒法學之興於斯為盛其後晉之杜預與賈充等定律令預為之注解其奏語謂所注皆網羅法意是其參取漢代諸家章句而又不專主一家故能擷其精要同時張斐亦為之注其表之所列胥律義之要旨自是杜張二家律注遂行于世下逮宋梁陳南朝言法律者王植蔡法度之徒咸遵守之北朝法學源流莫考覯于北齊新令採用魏晉故事則亦源于魏晉北齊河清中法令明審科條簡要又敕仕門之子弟常

講習之故齊人多曉法律隋開皇律不承用周而參取齊
唐律本諸開皇世咸以爲得中後之治律者咸宗之溯自
魏晉以下流派遞衍至是而集其成此法學之所以盛也
宋承唐律通法學者代有其人蓋自魏置律博士一官下
及唐宋或隸大理或隸國學雖員額多寡不同而國家既
設此一途士之講求法律者亦視爲當學之務傳授不絕
於世迨元廢此官而法學自此衰矣明設講讀律令之律
研究法學之書世所知者約數十家或傳或不傳蓋無人
重視之故也本朝講究此學而爲世所推重者不過數人
國無專科羣相鄙棄紀文達編纂四庫全書政書類法令
之屬僅收二部存目僅收五部其按語謂刑爲盛世所不
能廢而亦盛世所不尚所錄略存梗概不求備也夫四庫
目錄乃奉命撰述之書天下趨向之所屬今創此論於上

下之人從風而靡此法學之所以日衰也夫盛衰之故非偶然矣清明之世其法多平陵夷之世其法多頗則法學之盛衰與政之治忽實息息相通然當學之盛也不能必政之皆盛而當學之衰也可決其政之必衰試觀七國之時法學初盛之時也乃約縱連横兵連禍結而併于秦漢末之時法學再盛之時也桓靈不德奄寺肆虐而篡于魏北齊之時法學亦盛而齊祚不永幾疑法學之無裨于世然而秦尚督責法敝秦亡隋遑逞威法壞隋滅世之自喪其法者其成效又如是然則有極善之法仍在乎學之行不行而已學之行也蕭何造律而有文景之刑措武德修律而有貞觀之治及其不行也馬鄭之學盛于下而黨錮之禍作于上泰始之制頒于上而八王之難作于下有法而不守有學而不用則法爲虛器而學亦等于巵言此固

曠觀百世默驗治亂之原有足令人太息痛哭者矣吾獨不解散法之人往往即爲定法之人梁武詔定律令緩權貴而急黎庶隋文詔除慘刑而猜忌任智至於殿庭殺人稽諸史册不勝枚舉法立而不守而輒曰法之不足尙此固古今之大病也自來勢要寡識之人大抵不知法學爲何事欲其守法或反破壞之此法之所以難行而學之所以衰也是在提唱宗風俾法學由衰而盛庶幾天下之士羣知討論將人人有法學之思想一法立而天下共守之而世局亦隨法學爲轉移法學之盛馨香祝之矣